

# Um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros

Sérgio Gardenghi Suiama

Procurador da República em São Paulo. Mestre em Direito (LL.M.) e Human Rights Fellow pela Faculdade de Direito da Universidade de Columbia (NY-EUA). Coordenador do Grupo de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Ex-Procurador Regional dos Direitos do Cidadão do Estado de São Paulo (2005–2007). Ex-Defensor Público do Estado (1998–2002).

**Resumo:** O artigo discute diferentes estratégias jurídicas usadas nos Estados Unidos da América (EUA) para promover direitos de pessoas transgêneras com vistas na construção de uma argumentação que prescindia do diagnóstico de transtorno de identidade sexual (CID 10 F64) para o reconhecimento desses direitos. Mais especificamente, são analisadas estratégias jurídicas fundadas na proibição ao tratamento desumano e degradante e nos direitos de igualdade e liberdade.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Direito comparado. Transgêneros e transexuais. Princípio da autonomia.

**Abstract:** The article examines different legal strategies employed in the US to foster rights of transgender people. It aims the adoption of a legal reasoning that prescind from a diagnosis of gender identity disorder (ICD 10 F64) in order to recognize these rights. Specifically, the article discusses legal strategies grounded on the Cruel and Unusual Punishment Clause, on the Equal Protection Clause, and on liberty.

**Keywords:** Human rights. Comparative law. Transgender and transsexual people. Autonomy principle.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O modelo patologizante e seus críticos. 3 Argumentos jurídicos para questões transgêneras. 4 Direitos de transgêneros no discurso dos direitos humanos.

## 1 Introdução

Roupas femininas não são permitidas para detentos nesta prisão masculina. Mesmo que você esteja confuso a respeito das suas preferências sexuais, nós continuaremos a tratar você como homem. Alguns funcionários estão perguntando por que você quer roupas de mulher se você tem bigode. Um bigode não acentua sua feminilidade.

(Warden Nix, diretor da Penitenciária Estadual de Iowa, a Tammy Lynn White).

Há certas coisas que não podemos querer que elas sejam. Elas apenas são.

(Juiz Phil Hardberger, proclamando que o gênero de cada um é “imutavelmente fixado pelo nosso Criador quando do nascimento”).

Nos últimos anos, tem-se observado um relativo progresso no reconhecimento de direitos de transgêneros. Timidamente, leis, decisões judiciais e atos administrativos começam a reconhecer o direito de pessoas transgêneras a documentos públicos que correspondam ao nome e ao gênero adotados, bem como a necessidade de proteger esse grupo contra a discriminação no emprego e nos serviços públicos. Ao mesmo tempo, as identidades transgêneras têm-se tornado mais sutis e complexas do que eram há cinquenta anos, quando o endocrinologista americano Harry Benjamin descreveu a “síndrome do transexualismo” como uma psicopatologia caracterizada por uma grave desorientação sexual e de gênero. Por diferentes caminhos, as novas identidades que têm sido construídas são incompatíveis com as divisões binárias e estereotipadas, desafiando dessa maneira soluções prontas baseadas na patologização das transgressões de gênero.

Este artigo discute diferentes estratégias discursivas que vêm sendo utilizadas nos EUA para promover os direitos de transgêneros. A estratégia mais, digamos, “tradicional”, usada especialmente nas ações de retificação de registro, ampara-se em laudos que atestam que o autor completou a transição para o gênero desejado por meio de procedimentos em geral invasivos, como a mastectomia, histerectomia (retirada do útero), colpectomia (retirada da vagina), neofaloplastia (retirada e desmembramento do pênis), orquiectomia bilateral (retirada dos testículos), neocolpovulvoplastia, mamoplastia, cirurgia de cordas vocais e de raspagem do pomo-de-adão, além das terapias hormonais<sup>1</sup>. Tais laudos são acompanhados de parecer psiquiátrico atestando que o autor sofre de transexualismo, “desvio psicológico permanente de identidade sexual” caracterizado, na Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 1955/2010<sup>2</sup>, pelos seguintes elementos: a) desconforto com o sexo anatômico natural; b) desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; c) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; d) ausência de outros transtornos mentais<sup>3</sup>.

O reconhecimento de que transgêneros têm, nessas condições, direitos de personalidade representa um progresso em relação a posturas conservadoras que simplesmente negam qualquer reali-

---

1 Para uma descrição dos serviços públicos de saúde que oferecem programas a transgêneros, cf. Márcia Arán e Daniela Murta (2006).

2 Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm)>.

3 Do mesmo modo, nos EUA o distúrbio de identidade de gênero (*gender identity disorder* – GID) é identificado, segundo a Associação Americana de Psiquiatria, pela presença dos seguintes elementos: prova de uma forte e persistente identificação com o gênero oposto, consistente no desejo de ser, ou a insistência de que alguém é do outro sexo (critério A); essa identificação com o gênero oposto não deve ser um mero desejo de obter vantagens culturais atribuídas ao outro sexo, deve haver também prova de desconforto persistente sobre o sexo atribuído ou um senso de inadequação no papel do gênero daquele sexo (critério B); o diagnóstico não é feito se o indivíduo tiver condição concorrente de intersexual (critério C). Para se fazer o diagnóstico, deve haver prova de significativo desconforto ou dificuldade em situações sociais, ocupacionais ou outras funcionalmente relevantes (critério D).

dade de gênero para além da genética. Não obstante, a patologização das identidades transgêneras implicada na estratégia tradicional tem sido objeto de críticas pertinentes vindas de setores da academia e do movimento social. Tendo em conta tais críticas, este artigo busca discutir as bases para *opções jurídicas que prescindam da ideia de que práticas e identidades transgêneras constituem distúrbios psiquiátricos*. Para tanto, inicialmente, o artigo descreve o modelo patologizante e aponta brevemente a principal linha de criticismo contra ele. Em seguida, discute alguns dos argumentos jurídicos alternativos desenvolvidos em artigos acadêmicos e decisões judiciais nos EUA, para, finalmente, ensaiar uma proposta de argumentação centrada no reconhecimento da autonomia como base dos direitos reivindicados por transgêneros.

Uma nota prévia sobre os sujeitos dos direitos aqui tratados é necessária. Uma argumentação jurídica que se pretenda compatível com o sistema de direitos humanos deve desde logo reconhecer a multiplicidade de identidades e práticas existentes sob rótulos genéricos tais como o adotado neste artigo. Daí a referência a *transgênero* como um termo “guarda-chuva”, que pretende abranger todas as identidades e práticas que “cruzam, cortam, movem-se entre, ou de qualquer forma desafiam as fronteiras socialmente construídas de sexo e gênero” (STRYKER, 1994, p. 251, nota 2)<sup>4</sup>. Em relatório da Comissão de Direitos Humanos da cidade de San Francisco, o termo é usado para abranger

*cross dressers* masculinos e femininos, travestis, [...] transexuais em processo de transição ou já submetidos a procedimentos de transgenitalização, transexuais que optam por não se submeter a procedimentos de reconstrução genital e todas as pessoas cujo gênero discernido ou sexo anatômico possa conflitar com a expressão de gênero, em casos como o de uma mulher de aparência masculina ou de um homem de aparência feminina (GREEN, 1994, p. 44).

---

4 Os trechos de obras em língua inglesa citados ao longo deste artigo foram livremente traduzidos pelo autor.

Para aqueles que, como o autor deste artigo, compartilham da crença foucaultiana de que estruturas de poder produzem seus sujeitos, a especificação dos titulares dos direitos em questão poderia ser vista como uma forma de essencializar e circunscrever os sujeitos da norma, deslegitimando e excluindo outros que expressem identidades performativas menos estáveis. Esta possibilidade é problemática não apenas por razões teóricas, mas também pelas implicações jurídicas que ela traz. Por exemplo, uma lei ou política pública voltada apenas a quem pertença – na avaliação do médico e dos profissionais do Direito – à categoria de *transsexuais* (i.e., pessoas em busca de *transição* para o “sexo oposto”) excluirá do âmbito de proteção aqueles que não sentem necessidade de procedimentos invasivos de transgenitalização ou preferem expressões de gênero em desacordo com o binarismo da convenção social. Por outro lado, negar as necessidades específicas das pessoas que buscam a transição dificultaria em muito o exercício dos direitos à universalidade e à integralidade dos serviços de saúde no que se refere ao acesso ao tratamento cirúrgico, endocrinológico, psicológico e psiquiátrico demandados. Tendo isso em conta, as estratégias jurídicas de caráter inclusivo devem considerar as identidades transgêneras não em termos ontológicos, mas sim como “domínios alternativos de inteligibilidade cultural” abertos à ressignificação e à recontextualização e “tenuamente constituí[dos] no tempo, [e] instituído[s] num espaço externo por meio de uma repetição estilizada de atos” (BUTLER, 2003, p. 200).

A questão específica que merece ser enfrentada é se *uma única* estratégia jurídica pode ser usada para atender às diferentes demandas colocadas pelo movimento social ou se, ao contrário, são necessárias *soluções jurídicas ad hoc* para defender ora o direito de transsexuais aos procedimentos de transgenitalização, ora o direito de *cross dressers* a expressarem livremente sua identidade no local de trabalho. Qualquer que seja a conclusão a respeito, o ponto que se busca enfatizar é a necessidade de estratégias amplas o suficiente para incluir todas as possibilidades agrupadas no “guarda-chuva” transgênero, independentemente de rotulações.

## 2 O modelo patologizante e seus críticos

Nos Estados Unidos, a rede de discursos, conhecimentos, análises e injunções (FOUCAULT, 1988) estabelecida em torno do *status* transgênero foi construída a partir da segunda metade do século XX. Em 1953, o ex-combatente George Jorgensen causou sensação na mídia ao retornar aos EUA como a glamorosa Christine, após uma cirurgia de transgenitalização realizada na Dinamarca<sup>5</sup>. Dallas Denny (2006, p. 175) observa que, muito embora Jorgensen não fosse o primeiro transgênero a submeter-se a cirurgias reconstrutivas, seu caso ganhou notoriedade nacional e contribuiu para uma mudança importante no imaginário popular acerca da possibilidade de “mudança de sexo”, tal como ocorreu para nós com Roberta Close. Logo depois, o endocrinologista Harry Benjamin cunhou a expressão “transexual” e começou a tratar em Nova York pessoas transgêneras em busca de modificação corporal. Em 1966, Benjamin publicou *The Transsexual Phenomenon*, em que critica o conservadorismo da sociedade americana, responsável por “retardar, bloquear e impedir” o progresso da ciência em matéria de sexualidade. Benjamin descreve o transexualismo como um “distúrbio de divisão sexual” (*sex-split disorder*) no qual “os pacientes sentem que suas mentes e almas estão ‘aprisionadas em corpos errados’”. O autor também apresenta uma escala da orientação sexual baseada no trabalho de Alfred Kinsey, na qual categoriza diferentes formas e subtipos de travestismo e transexualismo em homens biológicos.

Atualmente, o discurso patologizante nos EUA sustenta-se em três fontes principais: a *Classificação Internacional de Doenças* (CID), publicada pela Organização Mundial de Saúde, o *Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais* (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM-IV*), editado pela Associação Americana de Psiquiatria, e os *Padrões de Cuidado para Distúrbios de Identidade de*

---

5 No Brasil, como muitos se lembram, igual sensação causou Roberta Close, operada em Londres em 1989. Logo depois, ela foi capa da revista *Playboy* e eleita a “mais bonita mulher do Brasil”. Em 2005, após uma longa batalha judicial, Close obteve a retificação do gênero no seu registro de nascimento.

*Gênero (Standards of Care for Gender Identity Disorders)*, publicado pela Associação Profissional Mundial para a Saúde de Transgêneros.

Na décima edição da CID, os lá chamados “transtornos de identidade sexual” estão descritos na mesma seção que distúrbios de personalidade e comportamento, como a piromania, o fetichismo e o exibicionismo. A categoria F64 da CID estabelece cinco distúrbios de personalidade relacionados às pessoas transgêneras, entre eles transexualismo e travestismo. O transexualismo é descrito como o

desejo de viver e de ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado de um sentimento de desconforto ou impropriedade com o sexo anatômico, e um desejo de ser operado e receber tratamento hormonal para fazer seu corpo tão compatível quanto possível com o sexo de preferência.

O travestismo, por sua vez, é descrito como

o uso de roupas do sexo oposto como parte da existência individual de forma a satisfazer uma experiência de pertencimento ao sexo oposto, mas sem nenhum desejo de mudança permanente de sexo ou por cirurgias de transgenitalização e sem nenhuma excitação sexual concomitante ao travestismo.

A quarta edição do *Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais* prevê um sistema de conhecimentos médicos ainda mais abrangente sobre distúrbios de gênero, cujos sintomas são, entre outros, “um explícito desejo de ser do sexo oposto, ou a convicção de que ele ou ela tem os sentimentos e reações típicos do sexo oposto”. Aprende-se no manual (DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS – DSM-IV) que, nos meninos, o distúrbio é manifestado

[...] por uma clara preocupação com atividades tradicionalmente femininas. Eles podem ter a preferência por se vestirem como meninas ou com roupas femininas, ou improvisar tais itens a partir

de materiais disponíveis quando os artigos genuínos não estão disponíveis. [...] Eles particularmente gostam de brincar de casinha, desenhar retratos de meninas bonitas e princesas, e assistir a programas ou vídeos de suas personagens femininas prediletas. Bonecas femininas como Barbie são frequentemente seus brinquedos favoritos, e seus colegas de brincadeira preferidos são meninas. Quando brincam de casinha, tais garotos geralmente desempenham papéis femininos, como o de “mamãe”, e com frequência se mostram interessados em personagens de fantasia femininos. Eles evitam brincadeiras violentas e esportes competitivos e tem pouco interesse em carros, caminhões, ou outros brinquedos típicos de garotos, inclusive os não-violentos<sup>6</sup>.

A maioria das críticas contra esse tipo de discurso vem daqueles que enxergam na “vontade de saber” sobre as sexualidades transgressivas um mecanismo de otimização do poder, aqui entendido não em termos de proibições, mas como técnica de controle da sexualidade por meio da normalização e patologização dos comportamentos sexuais<sup>7</sup>. Essa técnica, como observa Foucault (1988, p. 44), não busca suprimir as sexualidades anormais, mas sim dar-lhes “uma realidade analítica, visível e permanente”, garantindo-lhes um “princípio de classificação e inteligibilidade [que] o constitui em razão de ser e ordem natural da desordem”. Esta técnica, observa Foucault (1988, p. 44), não pretende suprimir as sexualidades aberrantes, mas sim dar-lhes uma “realidade analítica, visível e permanente”, por

---

6 Dean Spade (2003) corretamente observa que “o critério diagnóstico para o transtorno de identidade sexual produz uma ficção de gênero natural na qual pessoas normais não-transsexuais crescem sem nenhum tipo de problema ou curiosidade de gênero, não se travestem quando crianças, não brincam com o gênero errado de crianças e não gostam dos brinquedos ou personagens errados”.

7 Cf. Foucault (1988, p. 100): “o instinto sexual foi isolado como instituto biológico e psíquico autônomo, fez-se a análise clínica de todas as formas de anomalia que podem afetá-lo, atribuiu-se-lhe um papel de normalização e patologização de toda a conduta; enfim, procurou-se uma tecnologia corretiva para tais anomalias”. Cf., também, Butler (2003, p. 143): “Para Foucault, ser sexuado é estar submetido a um conjunto de regulações sociais, é ter a lei que norteia essas regulações situada como princípio formador do sexo, do gênero, dos prazeres e dos desejos, e como o princípio hermenêutico de autointerpretação”.



intermédio de um princípio de classificação e inteligibilidade constituído como razão de ser e ordem natural da desordem.

Da mesma forma, a patologização das transgressões de gênero produz, reforça e naturaliza o rígido código binário de gênero na medida em que assume que as categorias de masculino e feminino são universais, situadas fora da história e preexistentes a suas expressões particulares em uma dada comunidade linguística. Tal perspectiva, em outras palavras, falha ao deixar de reconhecer o fato de que o gênero não é sempre constituído de forma coerente em diferentes contextos históricos, como observa Butler (2003, p. 20).

Para uma pessoa transgênera, ser diagnosticada como portadora de um transtorno de identidade sexual significa ser estigmatizada como doente ou anormal, classificações particularmente danosas a crianças e adolescentes, e a transgêneros de quaisquer idades vivendo em ambientes hostis<sup>8</sup>. Além disso, a perspectiva patologizante exige que as pessoas transgêneras que estão em busca de procedimentos de transgenitalização desempenhem, perante o médico, uma narrativa convincente de “confusão profunda e permanente do senso de identidade com relação à masculinidade ou feminilidade”, sendo certo ainda que, segundo o DSM-IV, não se deve confundir o sintoma com a simples não conformidade com comportamentos sexuais estereotipados, como ocorre com as meninas “Joãozinho” (*tomboy*) ou com o comportamento de “mulherzinha” em meninos.

Como observa Dean Spade (2003, p. 27), a forma de diagnóstico do transexualismo revela como o gênero se torna hipernormativo para pessoas que assumem uma identidade transgressora com relação a essa categoria. Spade também nota que listas contendo “dicas” para se fazer passar por “homem” são comuns na internet e em fóruns de transgêneros em busca de transição para o masculino (FTM):

---

<sup>8</sup> Para Butler (2004, p. 82-83), o diagnóstico médico de transtorno de identidade sexual produz um senso de desordem mental e pode causar danos emocionais ao prejudicar a autoestima de uma criança que gosta de brincar com as roupas de sua mãe e se recusa a participar de atividades físicas violentas.

Tais dicas, centradas na adesão à estética tradicional de masculinidade, orientam os FTMs a evitar cortes desgrenhados de cabelo, jaquetas de couro pretas e outras armadilhas associadas a lésbicas sapatões. Uma aparência limpa de “filhinho da mamãe” é usualmente sugerida como a melhor estética para se garantir a transição. Essas exigências fazem com que as pessoas transgressoras com relação ao gênero sejam obrigadas a ser mais “normais” do que as pessoas ditas normais, desencorajando desse modo comportamentos mais perturbadores (SPADE, 2003, p. 27).

Uma *performance* de acordo com o *script* médico é exigida tanto no Brasil quanto nos EUA porque, segundo os *Padrões de Cuidado para Distúrbios de Identidade de Gênero*, “indivíduos não podem sofrer cirurgias genitais sem que atendam aos critérios exigidos”, os quais incluem a vida “convicente como um membro do gênero preferido por um longo período de tempo”. O mesmo protocolo enfatiza que “a cirurgia genital não é um direito que deve ser garantido mediante solicitação” (WALTER MEYER III et al., 2001, p. 20–21). No Brasil, como já mencionado, a Resolução CFM n. 1.955/2010 também condiciona o acesso aos procedimentos de transgenitalização ao prévio diagnóstico de transexualismo, definido no art. 3º da resolução como um desejo expresso e *consistente* de “ganhar as características primárias e secundárias do sexo oposto”. O problema apontado por acadêmicos<sup>9</sup> e ativistas norte-americanos é que a função de “porteiro” desempenhada pelos profissionais da Medicina nesses casos dificulta a transição para o gênero desejado daqueles que não se encaixam exatamente nas definições de transexualismo estabelecidas nos protocolos médicos, impedindo assim o pleno acesso ao tratamento.

9 Cf., entre outros, Spade (2003, p. 28), enfatizando que “Quando os porteiros empregam padrões de gênero dicotômicos, eles obstruem as possibilidades de resistência à normalização”, e Minter (2006, p. 151), para quem “apenas os transexuais que estejam em conformidade com as normas estereotipadas de gênero e que sejam considerados aptos a ‘passar’ para o novo sexo estão aptos a obter tratamento”. Segundo o mesmo autor, “a habilidade dos transexuais de obterem acesso aos serviços de saúde e ao reconhecimento e proteção legais dependem de quão bem-sucedidos eles são em esconder seu *status* de transexual e de se aproximar de uma vida heterossexual ‘normal’, sendo que aqueles que não conseguem ou não querem cumprir esses padrões opressivos têm pouca ou nenhuma proteção”.

Em suma: a abordagem patologizante tem sido criticada porque: a) reforça concepções estereotipadas de uma divisão binária de gênero situada fora da história; b) estigmatiza pessoas transgêneras como doentes ou anormais; c) é subinclusiva, pois exclui quem não se encaixa nos estereótipos culturais de masculinidade ou feminilidade exigidos para a transformação corporal; d) atribui ao profissional da Medicina a função de anteparo ao exercício de diversos direitos, tais como o casamento e a retificação do registro civil<sup>10</sup>, na medida em que, quando tais direitos são legalmente reconhecidos, cirurgias reconstrutivas e pareceres médicos são exigidos para que os órgãos públicos garantam o exercício efetivo do direito buscado.

Apesar de todas essas limitações, militantes e advogados ainda se apoiam no modelo patologizante para reivindicar assistência à saúde ou proteção contra a discriminação. Embora seja inegável que uma estratégia desse tipo represente um progresso em relação a posições conservadoras que simplesmente negam qualquer realidade de gênero para além da genética, considerando as limitações e as consequências teóricas e práticas do modelo patologizante, acadêmicos, militantes e profissionais do Direito têm enfrentado o desafio de encontrar meios alternativos para promover o direito de transgêneros, sem necessariamente apelar para laudos médicos a respeito do gênero adotado pelos titulares do direito. Na seção seguinte, são discutidos os principais argumentos jurídicos que têm sido utilizados para essa finalidade.

### **3 Argumentos jurídicos para questões transgêneras**

Um modelo autodeterminativo articulado com a gramática dos direitos humanos deve levar em consideração todo o conjunto

---

<sup>10</sup> Cf., por exemplo, os casos: *In re Richardson*, 23 Pa. D. & C.3d 199 (1982); *In re Dowdrick*, 4 Pa. D. & C.3d 681 (1978); *In re Dickinson*, 4 Pa. D. & C.3d 678 (1978); *Matter of Anonymous*, 153 Misc. 2d 893, 582 N.Y.S.2d 941 (City Civ. Ct. 1992); e *In re Harris*, 707 A.2d 225 (Pa. Super. Ct. 1997), todos sustentando que o requerente é obrigado a demonstrar que ele ou ela está “permanentemente comprometido a viver como membro do sexo oposto”.

de necessidades sociais enfrentadas pela maioria das pessoas transgêneras, o que inclui: acesso à saúde; retificação do registro civil e dos documentos de identificação social; proteção contra a discriminação no trabalho; casamento, adoção e outros direitos decorrentes de relações familiares; regulação do uso de lugares em que há separação segundo o gênero (de banheiros a prisões); e, sobretudo, o enfrentamento do grave estado de marginalização social vivido pela maioria dos transgêneros.

Uma primeira questão que deve ser enfrentada é se há um único fundamento jurídico capaz de oferecer uma base satisfatória para lidar com todos esses problemas ou se seria melhor adotar múltiplas estratégias para lidar com eles. Nos EUA, acadêmicos e profissionais do Direito têm adotado argumentos diferentes para lidar com o conjunto de problemas acima mencionado. No contexto das instituições prisionais, por exemplo, Alvin Lee (2008) e Matthew A. Stoloff (2007) observam que a proibição contra penas cruéis e degradantes prevista na 8ª Emenda à Constituição norte-americana é um forte argumento para se pleitear o acesso integral aos serviços de saúde em favor de presos transgêneros, inclusive no que se refere aos procedimentos de transgenitalização, quando desejado. Do mesmo modo, Christine Peek (2004, p. 1211-1217) baseia-se na 8ª Emenda para justificar a manutenção do preso transgênero em estabelecimento apropriado à sua identidade subjetiva de gênero, com o objetivo de reduzir o risco de abuso sexual.

Algumas cortes norte-americanas têm de fato reconhecido que a 8ª Emenda assegura aos presos transgêneros o direito à saúde integral e aos procedimentos de transgenitalização<sup>11</sup>. Não obstante,

---

11 Cf., por exemplo, *South v. Gomez*, 211 F.2d 1275 (9th Cir. 2000); *Phillips v. Michigan Dept. of Corrections*, 731 F. Supp. 792 (W.D. Mich. 1990), *De'Lonta v. Angelone*, 330 F.3d 630, 635-636 (4th Cir. 2003) (reformando a decisão da corte local que havia rejeitado liminarmente o pedido de acesso à saúde formulado por preso transgênero, com fundamento na 8ª Emenda à Constituição); *Brown v. Zavaras*, 63 F.3d 967, 970 (10th Cir. 1995); *White v. Farrier*, 849 F.2d 322, 325 (8th Cir. 1988) (entendendo que o distúrbio de identidade sexual constitui uma séria necessidade médica); *Phillips v. Mich. Dep't of Corr.*, 731 F. Supp. 792, 799-801 (W.D. Mich. 1990) (sustentando que “o distúrbio de identidade sexual constitui uma séria necessidade médica” e que a autora da ação estava autorizada a “obter tutela antecipada para continuar o

tanto as decisões judiciais quanto os argumentos apresentados por Lee<sup>12</sup> e Stoloff<sup>13</sup> dependem do diagnóstico médico de transtorno de identidade sexual para sustentar pedidos de prestação estatal positiva. Lee (2008, p. 469) reconhece esse problema, mas argumenta que “é difícil imaginar como é possível lutar juridicamente pelo acesso a medicamentos sem recorrer a algum tipo de prova médica”. É preciso notar, porém, que o critério para julgar pedidos fundados na 8ª Emenda, estabelecido pela Suprema Corte norte-americana em *Estelle v. Gamble*<sup>14</sup> não exige necessariamente prova de que o preso sofra de alguma doença grave; o precedente faz referência apenas à “séria necessidade médica” em relação a qual tenha havido recusa ou falha das autoridades penitenciárias em providenciar assistência médica adequada.

A distinção entre “séria necessidade médica” e “doença” é relevante e será retomada no tópico seguinte. Por ora, é importante citar que o modelo patologizante revelou-se subinclusivo em ao menos uma decisão judicial analisada – *White v. Farrier*<sup>15</sup> –, na qual os direitos à assistência médica e à integridade física foram negados a uma detenta porque ela não foi considerada uma “verdadeira transexual”. Tammy Lynn White, autora da ação, estava

---

tratamento com hormônios que havia iniciado antes do encarceramento”); *Wolfe v. Horn*, 130 F. Supp. 2d 648, 652 (E.D. Pa. 2001) (“Os tribunais têm consistentemente considerado o distúrbio de identidade sexual como uma ‘séria necessidade médica’ para os fins de proteção da 8ª Emenda”); *Cuoco v. Moritsugu*, 222 F.3d 99, 106 (2d Cir. 2000) (entendendo que o distúrbio de identidade de gênero é uma séria necessidade médica para os propósitos da 8ª Emenda); *White*, 849 F.2d, p. 325 (idem); e *Meriwether v. Faulkner*, 821 F.2d 408, 413 (7th Cir. 1987).

12 Cf. Lee (2008, p. 116, nota de rodapé): “Antes mesmo de pedir ao Judiciário que decida se um distúrbio de identidade sexual é uma séria necessidade médica, é necessário para um preso trans obter um diagnóstico médico de distúrbio de identidade sexual por um médico da prisão”.

13 Stoloff (2007, p. 21): “Desse modo, um preso que alega sofrer de transtorno de identidade sexual e busca tratamento para sua condição deve provar que sofre dessa condição e que a falha no tratamento pode causar-lhe dano. Ele precisa demonstrar, objetivamente, que sofre de transtorno de identidade sexual e que essa condição é uma séria necessidade médica, no sentido dado pela 8ª Emenda”.

14 *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97 (1976).

15 *White v. Farrier*, 849 F.2d 322 C.A.8 (1988).

cumprindo pena de 10 anos de reclusão na Penitenciária Estatal de Iowa e ajuizou uma demanda perante a Justiça do 8º Circuito alegando tratamento desumano e degradante e deliberada indiferença das autoridades prisionais às suas necessidades médicas relacionadas ao diagnóstico de transtorno da identidade sexual. White tinha um histórico prisional de greves de fome e tentativas de suicídio. Segundo as provas do processo, White tentou também “castrar-se em quatro diferentes ocasiões, usando uma navalha, uma caneca de metal afiado, vidro quebrado de sua televisão e vidro de seu rádio”.

Em uma das petições aos diretores do presídio, White afirmou:

Eu não posso mais aguentar o estresse mental. O pênis deve ir embora agora. Eu tenho uma identificação com o gênero feminino, a mutilação genital talvez seja a única solução. Estou cansada de sofrer. Se vocês pudessem ao menos entender as dificuldades que eu tenho diariamente... Estou cansada de ser assim. Não posso mais aguentar isso. Sou uma mulher, e uma mulher não vive como os homens. Mulheres têm vagina e usam vestido.

White pediu que a Corte Distrital de Iowa concedesse ordem obrigando as autoridades prisionais a garantir-lhe tratamento médico e uma “classificação prisional apta a proteger seu direito a existir no gênero feminino”. A corte de 1ª instância de fato concedeu a tutela requerida, mas o Tribunal de Apelação reformou a decisão sob o argumento de que:

Apesar de os peritos que entrevistaram White [...] terem concluído que [ele] é um transexual, a declaração do dr. Loeffelholz indicou que o estresse do confinamento impede um diagnóstico de transexualismo mais acurado em ambientes prisionais. Além disso, White não passou pelo teste de viver como uma mulher no mundo real por muitos anos. O dr. Loeffelholz também observou que o histórico de comportamentos manipulativos por parte de White sugere que suas ações eram motivadas pela possibilidade de ganhos secundários. O juiz rejeitou o parecer do dr. Loeffelholz porque este médico nunca entrevistou White, fundamentando seu parecer tão somente na revisão dos registros sobre White.

O Tribunal de Apelação também se apoiou no prontuário psiquiátrico de White no Departamento de Recuperação de Iowa para afirmar que havia uma “autêntica questão de fato a respeito se White é ou não um transexual”, uma vez que um psiquiatra anterior havia diagnosticado que o preso tinha uma “personalidade antissocial e o desvio sexual do travestismo”, além de uma “esquizofrenia paranoica, o que excluiria o diagnóstico de transexualismo”.

Em outras palavras, no caso de White, os profissionais médicos não apenas menosprezaram a vontade e as necessidades de saúde de uma detenta transgênera, como também funcionaram como o porteiro da Lei do conto de Kafka, impedindo o acesso ao tratamento médico e a segregação da presa onde fosse possível lhe garantir a integridade física.

Além do problema da subinclusão, os argumentos fundados na cláusula de proteção contra o tratamento desumano ou degradante são, ao menos no sistema norte-americano, limitados ao contexto das prisões e outras instituições de segregação e, dessa forma, pouco ajudam em ações civis ajuizadas contra planos de saúde ou contra o Estado por pessoas transgêneras que não estão encarceradas. Richard Posner explorou esse desequilíbrio (mais acentuado no sistema privatista norte-americano) em seu voto no caso *Maggert v. Hanks*<sup>16</sup>, no qual julgou improcedente uma ação em que se discutia a falha do sistema prisional em fornecer a terapia hormonal pleiteada pela autora. Segundo Posner, “a 8ª Emenda não obriga uma penitenciária a fornecer a um prisioneiro assistência médica melhor do que a que ele receberia se fosse uma pessoa livre sem muitas posses”.

Especificamente a respeito da cobertura dos procedimentos de transgenitalização, observa Hazel Glenn Beh (1998, p. 158) que,

enquanto os planos de saúde e os serviços públicos de saúde resistem a fornecer cobertura para a disforia de gênero, [condição] que afeta a satisfação sexual e responde a tratamento médico, os tribunais [norte-americanos] têm se mostrado bem mais simpáticos à questão.

---

<sup>16</sup> *Maggert v. Hanks*, 131 F.3d 670.

Beh cita diversos precedentes nos quais cortes judiciais reconheceram que o tratamento do transtorno de identidade sexual é de fato uma questão de necessidade médica e, a menos que haja expressa exclusão da cobertura, na lei ou no contrato, o tratamento deve ser feito<sup>17</sup>. O problema, contudo, é que os autores nessas ações devem juntar o parecer com o diagnóstico de transtorno de identidade sexual para que seu pedido seja conhecido, exigência que contraria a premissa deste artigo, que é justamente de buscar uma alternativa ao discurso patologizante. Em *Davidson v. Aetna Life & Casualty Insurance Co.*<sup>18</sup>, apesar de a Corte distrital em Nova York ter-se referido a transexualismo como uma “condição psicológica” e concluído que “o tratamento e a cirurgia para a mudança de sexo são necessários à saúde e bem-estar do autor”, a decisão favorável ainda se apoiava no diagnóstico de transtorno de identidade sexual para rejeitar o argumento da seguradora de que os procedimentos de transgenitalização são “cosméticos por natureza”.

Um argumento mais inclusivo é apresentado por Levi e Klein (2006), que sugerem recorrer às leis estaduais norte-americanas que proíbem a discriminação *por deficiência* como uma estratégia coerente para promover direitos de pessoas transgêneras em casos relacionados a emprego, serviços públicos, crédito e moradia. Especificamente, os dois autores argumentam que as leis antidiscriminatórias de alguns Estados são suficientemente abrangentes

---

17 Cf. Beh (1998, p. 235, nota de rodapé), citando os seguintes casos: *Pinneke v. Preisser*, 623 F.2d 546, 549 (8th Cir. 1980); *G.B. v. Lackner*, 145 Cal. Rptr. 555, 559 (Cal. Ct. App. 1978) (afirmando que o procedimento de transgenitalização não é cosmético, nem experimental); *Doe. v. Lackner*, 145 Cal. Rptr. 570, 572 (Cal. Ct. App. 1978) (afirmando que o procedimento é necessário, e não cosmético); *Doe v. State Department of Public Welfare*, 257 N.W.2d 816, 820 (Minn. 1977); *M.K. v. Division of Medical Assistance and Health Services*, State of New Jersey, No. DMA 2345-91, 1992 WL 280789, §§ 50-61 (N.J. Adm. May 7, 1992). Em sentido contrário, são listados os seguintes casos: *Rush v. Johnson*, 565 F. Supp. 856, 865-866 (N.D. Ga. 1983) (considerando o tratamento experimental e afirmando que não há consenso médico sobre sua efetividade); *Dennis R. v. Lavine*, 347 N.E.2d 893, 895 (N.Y. 1976) (considerando que a negativa de cobertura não foi arbitrária ou caprichosa ao considerar os fatos específicos do caso). Cf. também *Davidson v. Aetna Life & Casualty Insurance Co.*, 420 N.Y.S.2d 450, 451 (Sup. Ct. 1979).

18 *Davidson v. Aetna Life & Casualty Insurance Co.*, 101 Misc.2d 1, 420 N.Y.S.2d p. 450.



para proteger tanto quem sofre de uma limitação causada por uma condição particular de saúde quanto quem enfrenta algum tipo de discriminação apenas em razão da ignorância e de estereótipos e preconceitos sociais a respeito da identidade de gênero (LEVI; KLEIN, 2006, p. 75). O artigo é interessante porque busca superar a objeção feita por parte do movimento social de transgêneros nos EUA acerca do estigma tradicionalmente associado à deficiência.

Nos EUA, as causas de transgêneros amparadas em leis estaduais que proíbem a discriminação por deficiência referem-se majoritariamente à imposição de códigos de vestimenta em escolas e locais de trabalho<sup>19</sup> e à proibição do uso de banheiros correspondentes à identidade de gênero. Ambos os fatos também podem ser definidos juridicamente como *discriminação sexual* para fins de aplicação de leis federais e estaduais antidiscriminatórias. Em *Lie v. Sky Pub. Corp.*, por exemplo, o Tribunal do Estado de Massachusetts reconheceu que a demanda ajuizada por transexual demitida em razão de não ter “cessado de se vestir como mulher” tinha duplo fundamento: discriminação em razão de deficiência e discriminação em razão do gênero. O tribunal estadual afirmou que se tratava de discriminação sexual com fundamento na importante decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Price Waterhouse v. Hopkins*<sup>20</sup>, de 1989. Em *Price Waterhouse*, ação ajuizada por uma funcionária da empresa preterida por não ter sido considerada “suficientemente feminina”, a Suprema Corte rejeitou explicitamente o argumento da ré de que a palavra “sexo” inserida em lei antidiscriminação referia-se apenas

---

<sup>19</sup> Cf., por exemplo, *Lie v. Sky Publ'g Corp.*, 2002 WL 31492397 (Mass. Super.) (“o réu exigiu por escrito que o autor cessasse de ‘se vestir como uma mulher’ e advertiu-a que o não atendimento dessa ordem poderia resultar em processo disciplinar e/ou dispensa por justa causa”); *Jane Doe v. Boeing Co.*, 121 Wash.2d 8, 846 P.2d 531 (o acréscimo de um colar de pérolas rosa mudou a aparência do empregado, de unissex para “excessivamente feminina”); *Enriquez v. West Jersey Health Systems*, 342 N.J.Super. 501, 777 A.2d 365 N.J.Super.A.D., 2001 (“Até fevereiro de 1997, a autora começou a fazer as unhas, deixou crescer um longo cabelo e fez um rabo de cavalo. No dia 13 de fevereiro de 1997, Cossa expressamente indagou a autora sobre sua aparência. Segundo a autora, Cossa indagou se a autora estaria interessada em voltar a sua aparência anterior se a companhia assim o solicitasse. Cossa pediu a autora que ‘parasse com tudo isso e voltasse à sua prévia aparência!’”).

<sup>20</sup> *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 109 S.Ct. 1775.

ao *status* biológico de alguém como homem ou mulher e afirmou que a proteção jurídica contra a discriminação sexual deve também alcançar as hipóteses de diferenciação motivadas por *concepções estereotipadas e preconceitos sobre como homens e mulheres devem se comportar, vestir ou aparentar*. O caso *Price Waterhouse* é um importante precedente para a defesa de direitos de pessoas transgêneras na medida em que autoriza ações por discriminação sexual não apenas quando a causa do tratamento desigual for a diferença biológica entre homens e mulheres, mas também quando o ato discriminatório for motivado pela não conformação do discriminado às expectativas socio-normativas de gênero, caso exatamente das pessoas transgêneras. Além de *Lie v. Sky Pub. Corp.*, o argumento foi também usado em *Schwenk v. Hartford*<sup>21</sup>, em que o Tribunal Federal do 9º Circuito se apoiou no mesmo precedente da Suprema Corte para reformar a decisão de primeiro grau que havia negado a aplicação da lei contra a discriminação sexual feita a uma mulher transgênera.

Infelizmente, os tribunais norte-americanos geralmente dão uma interpretação muito estreita a *Price Waterhouse v. Hopkins*<sup>22</sup>. Em

---

21 *Schwenk v. Hartford*, 204 F.3d 1187 (9th Cir.2000).

22 Cf. *Holloway v. Arthur Anderson & Co.*, 566 F.2d 659, 662 (9th Cir.1977) (A demanda das transexuais fundada no Título VII [do *Civil Rights Act*] foi rejeitada sob o argumento de que a intenção do Congresso era que a palavra “sexo” no estatuto deveria ser interpretada em seu sentido literal, como indica a rejeição a diversas propostas de emenda ao Título VII que pretendiam proibir a discriminação com base na “preferência sexual”); *Sommers v. Budget Marketing, Inc.*, 667 F.2d 748, 750 (8th Cir.1982) (A corte sustentou que o Título VII não autorizava a demanda da autora, que havia falsamente se apresentado anatomicamente como uma mulher quando postulou o emprego. O autor, nesse caso, havia alegado que era “uma mulher num corpo anatomicamente masculino”. A corte observou que “estamos de acordo com a corte de primeiro grau, que, para os fins do Título VII, deve ser dado sentido literal ao termo ‘sexo’, à falta de uma clara intenção do Congresso de proceder de forma diversa. Além disso, o histórico legislativo não mostra nenhuma intenção de incluir o transexualismo no Título VII”); *Dobre v. National R.R. Passenger Corp.*, 850 F.Supp. 284, 286–287 (E.D.Pa.1993) (“Um empregador não pode discriminar uma mulher porque ela é *mulher*... Todavia, nem as razões jurídicas apresentadas pelo autor, nem a pesquisa realizada pela corte revelaram algum caso que tenha dado interpretação extensiva ao Título VII, de forma a proibir um empregador de discriminar contra um homem porque ele quer se tornar uma mulher. Em resumo, o Congresso não teve a intenção de que o Título VII protegesse transexuais contra a discriminação com base no transexualismo”); *Powell v. Read’s, Inc.*, 436 F.Supp.

*Ulane v. Eastern Airlines Inc.*<sup>23</sup>, por exemplo, o Tribunal Federal do 7º Circuito estabeleceu que “se o [réu] cometeu discriminação contra [a autora], não foi porque ela é mulher, mas porque ela é transexual”.

---

369, 370 (E.D.Md.1977) (a corte rejeitou a demanda fundada no Título VII argumentando que interpretar o Título VII de forma a “cobrir as injustiças sofridas pelo autor seria completamente contrário e inconsistente com o pleno significado das palavras [...] O cerne da queixa é a discriminação contra um transexual e este fato não é protegido pelo Título VII); *Voyles v. Ralph K. Davies Medical Center*, 402 F.Supp. 456, 457 (N.D.Cal.1975), *aff'd*, 570 F.2d 354 (9th Cir.1978) (Table, No. 75-3808) (“O entendimento desta corte, contudo, é que a discriminação no emprego baseada no transexualismo não é proibida pelo Título VII do *Civil Rights Act*, de 1964, e nem era intenção do Congresso que o fosse... A Seção 2000-e2(a)(1) [do *Civil Rights Act*] fala em discriminação baseada no “sexo” de alguém. Nenhuma menção é feita a mudança de sexo ou a preferência sexual. O histórico legislativo e a jurisprudência do Título VII em nenhum lugar indica que a proibição contra a discriminação sexual deva incluir a “discriminação transexual”, ou qualquer outra mudança ou combinação semelhante”; *Doe v. United States Postal Service*, 1985 WL 9446 at \*2 (D.D.C.1985) (a Corte sustentou que um homem transexual cuja oferta de emprego havia sido retirada depois que o empregador soube que ele estava planejando submeter-se a tratamento de transgenitalização e que pretendia trabalhar como mulher não poderia alegar discriminação sexual. A corte citou especificamente *Ulane*, notando que “a proibição contra a discriminação baseada no sexo de alguém não é sinônimo de proibição de discriminação baseada no transtorno da identidade sexual de alguém, ou no descontentamento de alguém com o sexo de nascimento, citando *Ulane*, 742 F.2d , p. 1085); *Emanuelle v. United States Tobacco Co., Inc.*, 1987 WL 19165 p. \*1 (D.Ill.1987), *aff'd*, 886 F.2d 332 (7th Cir.1989) (Table, No. 87-2785) (a corte sustentou que a demanda do autor transexual, fundada no Título VII, deveria ser rejeitada porque estava fora da jurisdição do referido título); *James v. Ranch Mart Hardware, Inc.*, 1994 WL 731517 p. \*1 (D.Kan.1994) (“O autor não pode formular um pedido baseado na discriminação contra transexuais porque o Título VII não proíbe a discriminação no emprego motivada pelo transexualismo”, citando *Voyles*, 403 F.Supp. at 457. “Ainda que o autor seja psicologicamente uma mulher, o Congresso não teve a intenção de ignorar a classificação anatômica e de determinar o sexo de alguém de acordo com a maquiagem psicológica do indivíduo” Id . p. 1, citando *Sommers*, 667 F.2d at 748); *Rentos v. Oce-Office Systems*, 1996 WL 737215 p. 6 (S.D.N.Y.1996) (“Todas as cortes federais que têm considerado a questão têm rejeitado a aplicação do *Civil Rights Act*, de 1964, 42 U.S.C.2000e-2 (1982) [“Título VII”] em casos de transexuais que alegam discriminação no emprego [...] Os advogados do autor reconhecem a uniformidade jurisprudencial em suas razões recursais, nas quais declaram que estão “cientes que a Lei Federal, sob o Título VII, não confere proteção a transexuais com referência à discriminação laboral. O recurso do autor, portanto, não pode pretender ter fundamento no Título VII”).

23 *Ulane v. Eastern Airlines Inc.*, 742 F.2d 1081, *cert. denied*, 471 U.S. 1017 (1985).

Da mesma forma, em *Oiler v. Winn-Dixie Louisiana, Inc.*<sup>24</sup>, uma corte distrital afirmou que o “Congresso [norte-americano] não pretendeu que o Título VII da [Lei Federal Antidiscriminação] proibisse discriminações baseadas em transtorno de identidade sexual”.

A proibição contra a discriminação de gênero, contudo, foi usada pela Corte Europeia de Justiça no caso *P v. S e Cornwall County Council*<sup>25</sup>. P. era uma transexual demitida logo depois de se submeter à cirurgia de transgenitalização. Ela recorreu aos tribunais locais, mas o Judiciário inglês afirmou que a lei nacional contra a discriminação sexual não protegia P. contra a demissão, pois a norma se aplicava apenas a homens ou mulheres tratados de forma desigual porque pertencem a um ou outro sexo. A Corte transnacional, contudo, decidiu que a Diretiva Europeia sobre a Implementação do Princípio de Igual Tratamento entre Homens e Mulheres com Referência ao Acesso ao Emprego proíbe a demissão de um transexual motivada pela cirurgia de transgenitalização. Segundo a Corte Europeia:

20. O escopo da diretiva não pode ser confinado apenas à discriminação baseada no fato de que a pessoa seja de um ou outro sexo. Tendo em conta o propósito e a natureza dos direitos que pretende proteger, a diretiva também tem por escopo a aplicação de suas regras em casos de discriminação motivada pela readequação do gênero da pessoa interessada.

21 Tal discriminação é essencialmente (senão exclusivamente) fundada no sexo da pessoa discriminada. Quando a pessoa é demitida com base no fato de que ela submeteu-se ou pretende se submeter a cirurgia de transgenitalização, ela é tratada de forma desfavorável em comparação com pessoas do gênero ao qual ela pertencia antes do tratamento.

22 Tolerar uma discriminação como essa seria equivalente a, com relação à vítima, negligenciar o respeito à dignidade e à liberdade de que ele ou ela é titular, e em relação aos quais esta Corte tem o dever de salvaguardar.

---

24 *Oiler v. Winn-Dixie Louisiana, Inc.*, 2002 WL 31098541 (Sept. 16, 2002).

25 *P v. S e Cornwall County Council*, Caso C-13/94. Judgment of the Court of 30 April 1996. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=694J0013](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=694J0013)>.

No Brasil, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão relatado pelo juiz Roger Raupp Rios, julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal para determinar à União a inclusão da transgenitalização entre os procedimentos cobertos pelo Sistema Único de Saúde. Segundo o acórdão:

Tratamentos desfavoráveis decorrentes da chamada “identidade de gênero” são hipóteses de discriminação por motivo de sexo. Isto porque, como demonstra a evolução da compreensão jurídica, discriminação por motivo de sexo concretiza-se, nos dias de hoje, não só na proibição de tratamento desfavorável a mulheres, homossexuais e transexuais, como também a todas as hipóteses em que “a forma de um indivíduo se perceber e ser percebido pelos outros como masculino ou feminino, de acordo com os significados desses termos construídos pela cultura à qual pertence” seja fator determinante para uma diferença de tratamento desfavorável ao indivíduo ou ao grupo.

Uma vantagem em favor do argumento fundado na discriminação de gênero é que ele pode ser usado também em causas envolvendo casamento e adoção por pessoas transgêneras. Infelizmente, os tribunais nos EUA e no Brasil têm sido bastante conservadores em ações de direito de família quando uma das partes é transgênera. Nos EUA, com exceção do caso *M.T. v. J.T.*<sup>26</sup>, o Poder Judiciário vem adotando uma abordagem biologicizante para negar a produção de efeitos jurídicos até mesmo em casamentos de transexuais já operados<sup>27</sup>. Do mesmo modo, a Corte Europeia

---

26 *M.T. v. J.T.*, 140 N.J.Super. 77, 355 A.2d 204, N.J.Super.A.D. 1976 (“Se a cirurgia de readequação sexual for bem-sucedida e um transexual pós-operado possuir, graças ao tratamento médico, total capacidade para funcionar como homem ou mulher, como é o caso, não há barreira legal, tabu social ou argumentos baseados em leis de ordem pública destinadas a garantir a identificação das pessoas que possam impedir alguém, ao menos para fins de casamento, de adotar o sexo finalmente assinalado”).

27 Cf. *Anonymous v. Anonymous*, 67 Misc.2d 982, 325 N.Y.S.2d 499, N.Y.Sup. 1971 (estabelecendo que “o casamento entre homens era uma nulidade, não obstante que o ‘marido’ acreditava que a ‘mulher’ era uma mulher ao tempo da cerimônia, e não obstante que ‘ela’ possa ter subsequentemente se transformado em tal”); *In re Ladrach*, 32 Ohio Misc.2d 6, 513 N.E.2d 828 (1987) (sustentando que “o sexo de uma pessoa é determinado no nascimento por um exame anatômico feito pelo responsável pelo parto” e que “a operação do peticionário, desse modo, não pode afetar seu verdadeiro

de Direitos Humanos, em dois casos abertos por transexuais que já haviam se submetido à cirurgia de transgenitalização<sup>28</sup>, recusou-se a reconhecer violação ao direito ao casamento, previsto no art. 12 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em *Cossey v. Reino Unido*<sup>29</sup>, a Corte de Estrasburgo, por maioria, entendeu que “a ligação ao conceito tradicional de casamento fornece uma razão suficiente para que se continue a adotar o critério biológico na determinação do sexo do nubente para fins matrimoniais” e que, ademais, a questão está “incluída no poder legislativo dos Estados-Parte de regular a matéria em nível nacional”. O voto contrário do julgado, porém, corretamente observa que está longe de ser evidente que haja uma relação necessária entre a tradição jurídica e a concepção de gênero entendida como “a constituição biológica de um indivíduo fixada no momento do nascimento”. Com efeito,

quando se busca uma definição do significado de “sexo” nesse contexto, a escolha pode recair na situação dos nubentes quando do nascimento ou da celebração do matrimônio, considerando especialmente que a condição sexual de uma pessoa é determinada por múltiplos fatores (cromossômicos, gonadais, genitais, psicológicos), sendo que quase todos são – menos ou mais – capazes de alteração<sup>30</sup>.

---

sexo”); *Littleton v. Prange*, 9 S.W.3d 223 Tex.App.-San Antonio, 1999 (sustentando que o gênero de uma pessoa é “imutavelmente fixado por nosso Criador no momento do nascimento” e que “os cromossomos masculinos não são modificados por tratamento hormonal ou por cirurgias de readequação sexual”; “biologicamente, uma transexual feminina após o tratamento continua a ser um homem”); *In re Estate of Gardiner*, 273 Kan. 191, 42 P.3d 120 Kan., 2002 (sustentando que “uma transexual pós-operada não é uma mulher no sentido dado pela lei civil que reconhece o casamento como um contrato entre duas partes que pertencem a sexos opostos, homem e mulher, e desse modo uma transexual pós-operada não pode validamente se casar com outro homem; as palavras ‘sexo’, ‘casamento’, ‘homem’, ‘mulher’, no senso comum cotidiano não compreendem os transexuais, e o significado comum e ordinário de ‘pessoas de sexos opostos’ contempla o que é comumente entendido como um homem e uma mulher do ponto de vista biológico”).

28 *Rees v. United Kingdom*, 2/1985/88/135 (1986) e *Cossey v. United Kingdom*, 16/1989/176/232 (1990).

29 *Cossey v. Reino Unido*, 16/1989/176/232 (1990).

30 *Idem*.

A fundamentação dos direitos de transgêneros no direito de igualdade (ou de antidiscriminação) é indispensável para virtualmente todas as demandas apresentadas pela população transgênera. Porém, se o principal objetivo for desenvolver estratégias que, a um só tempo, prescindam da patologização dos comportamentos transgressivos e estejam voltadas para o respeito à autonomia individual, é crucial desenvolver argumentos baseados no direito de liberdade. O ponto em questão, observa Butler (2004, p. 87), é: “seria possível conceber a autonomia de forma a encontrar um modo de superar as discordâncias que surgem a respeito de se preservar ou erradicar o diagnóstico médico?”.

No âmbito do Direito norte-americano, argumentos fundados no princípio constitucional da liberdade individual foram desenvolvidos por Franklin Romeo (2005) e Laura K. Langley (2006), entre outros acadêmicos. Romeo (2005, p. 745) sugere uma analogia interessante entre a identidade de gênero e as liberdades reprodutivas, mais especificamente entre a experiência individual de gênero e a gravidez, entendida como “um aspecto fundamental e saudável da vida, merecedor de proteção jurídica”, uma *condição* única “devido à sua natureza extremamente pessoal e às significativas conseqüências que ela traz”. “Tal como a gravidez [argumenta Romeo], a experiência de gênero está ligada ao modo como cada um lida com seu corpo e afeta profundamente as escolhas que cada um faz na vida” (ROMEO, 2005, p. 745).

No contexto do sistema jurídico norte-americano, os direitos reprodutivos têm sido protegidos pela *Lei contra a Discriminação motivada pela Gravidez (Pregnancy Discrimination Act)*, de 1978, e pela dimensão substantiva do devido processo legal, previsto na 14ª Emenda. Romeo cita especificamente o famoso caso *Roe v. Wade*<sup>31</sup>, no qual a Suprema Corte norte-americana autorizou o aborto voluntário sob o argumento de que “o direito à privacidade [...] é amplo o suficiente para incluir a decisão da mulher de terminar ou não a gravidez”. No mesmo sentido, em *Eisenstadt v. Baird*<sup>32</sup>, a Suprema Corte dos EUA entendeu que “se o direito à privaci-

31 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 95 (1973).

32 *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 92 S.Ct. 1029, 31 L.Ed.2d 349 (1972).

dade significa algo, ele abrange o direito do indivíduo, casado ou solteiro, de não sofrer intrusões estatais em assuntos que o afetem profundamente, tal como a decisão de criar ou não uma criança.” Outras decisões da Suprema Corte norte-americana, como *Skinner v. Oklahoma*<sup>33</sup>, *Griswold et al. v. Connecticut*<sup>34</sup> e *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*<sup>35</sup> também fornecem alguma base para que os direitos reprodutivos sejam vistos como direitos a uma esfera de intimidade livre de interferências do Estado, o dito *right to be let alone*.

Langley (2006) também discute os direitos de transgêneros sob a perspectiva da 14ª Emenda à Constituição norte-americana. Esta autora, porém, ao reconhecer a dimensão pública inerente a qualquer manifestação identitária, busca fundar as demandas de autodeterminação de gênero em um conceito mais amplo de liberdade, no lugar de fazê-lo apenas no direito à privacidade. Para tanto, analisa os principais argumentos desenvolvidos em dois casos importantes: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>36</sup> e *Lawrence v. Texas*<sup>37</sup>, nos quais a Suprema Corte norte-

---

33 *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942) (“Uma mulher tem ao menos um igual direito de escolher se quer prosseguir a gravidez ou abortar o feto. Com efeito, o direito à procriação sem a interferência estatal tem sido longamente reconhecido como um dos direitos básicos do ser humano [...] e fundamental à existência e sobrevivência da raça”).

34 *Griswold et al. v. Connecticut*, 381 U.S. 479 85 S.Ct. 1678, 14 L.Ed.2d 510 (1965) (entendendo que o direito à privacidade decorre das “penumbras” da Bill of Rights).

35 *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52, 70-71, n. 11, 96 S.Ct. 2831, 2841-2842, 49 L.Ed.2d 788 (1976) (sustentando que a exigência de consentimento marital para o aborto, feita por lei do Missouri, era inconstitucional porque “conferia ao marido o direito de impedir unilateralmente e por qualquer razão a efetivação da vontade da esposa assistida pelo médico de pôr fim à gravidez”).

36 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 112 S.Ct. 2791, 120 L.Ed.2d 674.

37 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Em *Lawrence v. Texas* a maioria dos juizes da Suprema Corte mudou o entendimento que havia adotado em *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, 106 S.Ct. 2841, 92 L.Ed.2d 140, 1986) e passou a sustentar que as *sodomy laws* que criminalizavam a relação sexual homossexual, em vigor não só no Texas, mas também (em 2003) nos Estados do Alabama, Florida, Idaho, Kansas, Louisiana, Mississippi, North Carolina, Oklahoma, Porto Rico, South Carolina, Utah e Virginia (segundo ESKRIDGE JR. e HUNTER, 2004, p. 76-78) eram inconstitucionais por violarem o direito de dois adultos a se engajarem em uma conduta pri-



-americana desvinculou o princípio geral de liberdade das liberdades clássicas ancoradas na “história e tradição nacionais”<sup>38</sup>. Em *Lawrence v. Texas*, com efeito, em vez de indagar “se a Constituição confere um direito fundamental aos homossexuais de se engajar em sodomia”, como fizera anteriormente em *Bowers v. Hardwick* (1986), a Suprema Corte majoritariamente enfatizou que “[o princípio geral de] liberdade confere uma *proteção substantiva a pessoas adultas para que decidam como irão conduzir suas vidas privadas em assuntos relacionados ao sexo*”<sup>39</sup>. O voto de Kennedy também cita *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, em que a maioria dos juizes da Suprema Corte, ao julgar a constitucionalidade de restrições administrativas ao aborto impostas em lei estadual da Pensilvânia, afirmou:

Nossos precedentes judiciais têm respeitado o âmbito privado da vida familiar no qual o Estado não pode entrar. Estes assuntos, que dizem respeito às escolhas mais íntimas que alguém pode fazer na vida, escolhas centrais para a dignidade e autonomia individuais, são centrais para a liberdade protegida pela 14ª Emenda. No coração da liberdade está o direito de cada um de definir seu próprio conceito de existência, de significado do universo e do mistério da vida humana. As crenças a respeito desses assuntos não seriam capazes de definir os atributos de personalidade caso fossem formadas sob a coerção do Estado<sup>40</sup>.

Em *Casey*, a Suprema Corte adotou uma atitude política de neutralidade em relação aos ideais morais:

---

vada no exercício da liberdade que lhes garante a cláusula constitucional do devido processo legal. Em *Bowers v. Hardwick*, a Suprema Corte, em uma decisão unanimemente criticada, havia afirmado a constitucionalidade do Código Penal do Estado da Geórgia que criminalizava “qualquer ato sexual relacionado aos órgãos sexuais de uma pessoa e a boca ou ânus da outra” porque restringiu o problema à questão se a Constituição conferiria um “direito fundamental aos homossexuais de se engajarem em sodomia consensual, invalidando desse modo a lei de muitos Estados que fazem essa conduta ilegal”, para em seguida responder negativamente à indagação.

38 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 106 S.Ct. 2841, 92 L.Ed.2d 140 (1986).

39 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

40 *Idem*.

Homens e mulheres dotados de boa consciência podem discordar, e supomos que alguns sempre irão discordar, sobre as profundas implicações morais e espirituais de pôr fim a uma gravidez [...] Alguns de nós, como indivíduos, acham o aborto ofensivo aos princípios mais básicos de moralidade, mas isto não pode orientar nossa decisão. Nossa obrigação é definir a liberdade de todos, e não tornar obrigatório nosso próprio código moral. O problema constitucional subjacente é se o Estado pode solucionar essas questões filosóficas de forma a não deixar à mulher nenhuma escolha nesse assunto, exceto naquelas raras circunstâncias em que a gravidez represente um risco para sua vida ou saúde, ou resulte de estupro ou incesto. Na doutrina constitucional de caráter convencionalista, quando pessoas razoáveis discordam, o governo está autorizado a adotar uma posição ou outra. Este teorema, contudo, pressupõe um estado de coisas no qual a escolha não invada uma liberdade protegida. Assim, ainda que as pessoas discordem a respeito de se a bandeira nacional deve ou não ser saudada, ou sobre a afirmação de que ela não deve ser ultrajada, o Estado não pode obrigar ou fazer cumprir um ou outro ponto de vista.

Um conjunto muito diferente de crenças pode ser visto no voto concorrente do Juiz Burger, em *Bowers v. Hardwick*<sup>41</sup>:

A proscrição da sodomia tem raízes muito antigas. A decisão dos indivíduos a respeito da conduta homossexual tem sido submetida à intervenção estatal através da história da civilização ocidental. A condenação dessas práticas está firmemente enraizada na moral judaico-cristã e nos padrões éticos. A sodomia homossexual era um crime capital no direito romano [...] Blackstone descreveu “o infamante crime contra a natureza” como uma ofensa de “malignidade mais profunda” que o estupro, um ato odioso “cuja simples menção é uma desgraça para a natureza humana” e “um crime que não merece ser nomeado”. O direito inglês, inclusive a proibição da sodomia, foi recepcionado pelas leis da Geórgia e outras colônias [...] Para sustentar que um ato de sodomia homossexual é algo especialmente protegido como um direito fundamental seria repudiar milênios de ensinamento moral.

---

<sup>41</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 106 S.Ct. 2841, 92 L.Ed.2d 140 (1986).

O contraste entre os julgados aponta para um problema crucial a ser enfrentado por aqueles que defendem os direitos de pessoas transgêneras: que postura política adotar em relação a questões morais tais como aquelas colocadas não apenas pelos direitos sexuais e reprodutivos, mas também pela exploração de jogos de azar e pela criminalização do uso de drogas? Em *Casey*, a apertada maioria da Suprema Corte norte-americana adotou o conhecido princípio formulado por John Stuart Mill, em *Sobre a Liberdade*, segundo o qual,

[...] a única finalidade pela qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus membros é a autoproteção. O único propósito pelo qual o poder pode ser legalmente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é impedi-lo de causar dano aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é uma autorização suficiente. Ele não pode ser licitamente compelido a fazer ou deixar de fazer algo porque seria melhor para ele agir dessa maneira, porque iria fazê-lo mais feliz, ou porque, na opinião dos demais, seria mais sábio ou correto que agisse assim. Para justificar a interferência, a conduta que se deseja impedir deve produzir mal para alguma outra pessoa. A única parte da conduta de alguém que é suscetível de responsabilização social é aquela que diz respeito a outras pessoas. Naquilo que diz respeito apenas a si próprio, sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si próprio, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano (MILL, 1859, p. 21-22).

Em *Hardwick*, por outro lado, os votos dos juízes White, Burger e Powell apontam para uma visão mais estreita de liberdade, focada exclusivamente nas liberdades formais declaradas na *Bill of Rights* (tais como a liberdade de religião e de expressão). O voto dissidente do conservador juiz Scalia em *Lawrence v. Texas*<sup>42</sup> acrescenta a esse ponto de vista a princípio majoritário ao afirmar que “as percepções sociais sobre sexo e moralidade mudam ao longo do tempo” e o direito de cada grupo de “persuadir seus concidadãos de que sua visão em tais assuntos é a melhor” deve ser exercido por meios

42 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

democráticos e não “imposto por uma casta governamental que crê saber o que é o melhor”.

O problema com essa linha de argumentação, observa Joseph Raz (1982, p. 89), é que ela “distorce o valor da liberdade ao encará-la como (quase) absoluta em algumas esferas da ação humana e como inexistente em outras”<sup>43</sup>. Com efeito, ao discutir os casos *Hardwick* e *Lawrence* na perspectiva “se a Constituição Federal confere um direito aos homossexuais de se engajarem em sodomia”, os juízes White, Burger, Powell e Scalia não proporcionam nenhum porto seguro para uma concepção mais ampla de liberdade entendida como um princípio de limitação do poder segundo o qual “algumas razões capazes de justificar ações privadas estão fora do âmbito da política e não podem ser usadas para justificar certas medidas de caráter estatal” (RAZ, 1982, p. 90).

Em contraste com uma posição conservadora em assuntos morais, Mill (1859) adota o dano a terceiros como princípio geral que autorizaria a restrição à liberdade individual<sup>44</sup>. A liberdade, assim, corresponderia àquela “esfera de ação na qual a sociedade [...] tem, se muito, apenas um interesse indireto; compreendendo aquela porção da vida pessoal e da conduta de alguém que se refere apenas ao próprio indivíduo” (MILL, 1859, p. 25-26). O conceito abrange, segundo o autor (1859, p. 26-27), o “domínio interior da consciência”, a “liberdade de se associar para qualquer fim que não envolva dano

---

43 Cf. também Laurence Tribe (2004), em que o autor critica o “entendimento convencional, pouquíssimo analisado e freqüentemente aceito de forma acrítica, a respeito do que significa para o Estado privar alguém de sua ‘liberdade’ sem o ‘devido processo legal’ no sentido substantivo da expressão”. Segundo esse entendimento, “os tribunais passivamente identificam, por aproximação, um conjunto de atividades nas quais as pessoas podem se engajar de forma livre da regulação governamental. Esta lista deriva do texto da Constituição e da tradição do constitucionalismo americano, firmada, senão no nascimento da Nação, ao menos no levante constitucional ocorrido após a Guerra Civil, que deixou sua marca textual sobretudo na 14<sup>a</sup> Emenda. Nomear as atividades daquela lista é uma forma de saber quais áreas substantivas estão definidas como situadas além do poder governamental, estadual ou federal”.

44 Segundo Mill (1859, p. 24), “se alguém cometer algum ato que prejudique os demais, existe, *prima facie*, uma justificativa para puni-lo, através da lei, ou, quando as penalidades legais não possam ser aplicadas com segurança, pela desaprovação geral”.

a terceiros”; e a “liberdade de gostos e de buscas, de moldar o plano de nossas vidas para se ajustar ao nosso caráter”; de fazer “o que quisermos [...] sem impedimento de nossos semelhantes, ainda que eles possam pensar que nossa conduta é estúpida, perversa ou errada”. “Nenhuma sociedade em que tais liberdades não sejam, como um todo, respeitadas, é livre, pouco importando a forma de seu governo”, afirma um dos filósofos fundadores do liberalismo político (MILL, 1859, p. 27). Além disso, o princípio majoritário invocado pelo juiz conservador Scalia em *Lawrence v. Texas* não é válido, já que “a “tirania da opinião e do sentimento majoritários” pode ser

mais potente do que muitas formas de opressão política pois, muito embora não seja usualmente sustentada por penalidades extremas, deixa poucos meios de fuga, penetrando muito mais profundamente nos detalhes da vida, e escravizando a própria alma (MILL, 1859, p. 13).

Como se pode ver, a defesa feita por Mill da liberdade como autodeterminação garante total suporte para a maioria das demandas formuladas por transgêneros. No contexto dos direitos sexuais, Martha Nussbaum (2009, p. xiii) invoca explicitamente o argumento *milliano* como fundamento para o que chama de “políticas de humanidade”, em oposição às “políticas de repulsa”, estas últimas baseadas na ideia de que *a aversão moral de um número razoável de membros da sociedade é suficiente para tornar uma prática ilegal, ainda que isso não cause dano algum a terceiros.*

Três argumentos para sustentar demandas jurídicas formuladas por transgêneros estão em discussão neste *paper*: a proibição contra o tratamento desumano ou degradante, o direito de igualdade e o direito de liberdade. No contexto jurídico norte-americano, o primeiro argumento está limitado a causas que envolvem assistência à saúde ou uma classificação de gênero apta a proteger a integridade de transgêneros encarcerados<sup>45</sup>. Apesar do relativo sucesso das causas que utilizam este fundamento, o argumento é subinclusivo

45 A redação do inciso III do art. 5º da Constituição é mais ampla do que o direito equivalente na Constituição dos EUA (“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”).

tanto porque ainda se apoia em laudos médicos de transtorno de identidade sexual como porque é pouco relevante para pessoas não presas em busca de assistência à saúde e do reconhecimento de outros direitos. Isso não significa, é claro, que a tese não possa ser subsidiariamente veiculada em ações propostas por presos transgêneros, já que em muitos sistemas jurídicos (no brasileiro inclusive) as partes estão autorizadas a formular pedidos baseados em diferentes argumentos, independentemente da consistência de cada um ou da coerência do conjunto. Todavia, já que a pretensão deste artigo é buscar razões jurídicas que possam servir para múltiplas finalidades e que prescindam do diagnóstico médico de transexualismo, os argumentos baseados nos princípios gerais de liberdade e igualdade parecem ter maior relevância.

No tópico seguinte, buscam-se integrar os dois argumentos em uma proposta de estratégia discursiva que se pretende ampla o suficiente para justificar a maioria dos direitos reivindicados por transgêneros como direitos humanos reconhecidos pelos Estados constitucionais.

#### **4 Direitos de transgêneros no discurso dos direitos humanos**

O propósito deste tópico é reunir as observações feitas até agora em uma proposta de estratégia jurídica voltada ao reconhecimento de direitos reivindicados por transgêneros. A proposta tem como premissa a construção de um discurso jurídico inclusivo que seja simultaneamente crítico do modelo patologizante e persuasivo a audiências jurídicas não necessariamente familiarizadas com as necessidades de pessoas transgêneras. Como mencionado na introdução, o artigo não está particularmente preocupado com as especificidades de cada sistema jurídico; o que se pretende, em vez disso, é fazer um livre exercício de argumentação em direitos humanos, levando em consideração diferentes fontes legais, sem, contudo, hierarquizá-las.

Uma estratégia jurídica de caráter inclusivo deveria, *em primeiro lugar*, garantir soluções jurídicas a todas as pessoas que se

encontram sob o chamado “guarda-chuva transgênero”: transexuais pré e pós-operados, transexuais que escolheram não se submeter a procedimentos cirúrgicos, *cross dressers*, travestis, *drag queens*. Aliás, uma estratégia discursiva inclusiva deve garantir proteção jurídica também para

aqueles cuja expressão de gênero é tão complexa que sequer tem um nome; para aqueles que não se importam se suas identidades de gênero têm um “nome”, e, no limite, para aqueles “ateus de gênero”, cujo gênero não pode ser nomeado porque eles não vivem suas vidas como pessoas para quem o gênero tem alguma relevância (THOMAS, 2006, p. 321).

*Em segundo lugar*, o discurso jurídico se beneficiaria enormemente do diálogo com a teoria crítica de Foucault e Judith Butler. O objetivo é desnaturalizar o binarismo de gênero por meio de uma crítica genealógica apta a compreender a função dessa categoria identitária e as variações históricas e linguísticas a que ela está sujeita<sup>46</sup>. Como se sabe, há uma forte e ampla crença de que o gênero é um atributo essencial e imutável da personalidade<sup>47</sup>. Como observa Butler (2003, p. 162), “o bebê se humaniza no momento em que a pergunta ‘menino ou menina?’ é respondida”. A dificuldade de resposta no caso de pessoas intersexuais – nascidas com órgãos de ambos os sexos biológicos – revela, nesse contexto, o próprio

---

46 Cf. Butler (2003, p. xxxi), o qual nota que “a crítica genealógica recusa-se a buscar as origens do gênero, a verdade íntima do desejo feminino, uma identidade sexual genuína ou autêntica que a repressão impede de ver; em vez disso, ela investiga as apostas políticas, designando como *origem* e *causa* categorias de identidade que, na verdade, são *efeitos* de instituições, práticas e discursos cujos pontos de origem são múltiplos e difusos”.

47 Como observa Langley (2006, p. 125), “a afirmação de um direito à livre determinação de gênero parece despropositada para alguns em parte porque o gênero é tradicionalmente entendido de forma tão naturalmente predeterminada e facilmente identificável que simplesmente não há espaço para autodeterminação. Neste paradigma conceitual, a autodeterminação de gênero é o equivalente a brincar com a natureza ou com a lei divina”.

domínio do desumanizado e do abjeto, em contraposição ao qual o próprio humano se estabelece. Se o gênero está sempre presente, delimitando previamente o que se qualifica como humano, como podemos falar de um ser humano que se torna de seu gênero, como se o gênero fosse um pós-escrito ou uma consideração cultural posterior? (BUTLER, 2003, p. 162).

A tarefa de desnaturalizar o binarismo de gênero é certamente uma das mais difíceis de se executar. O gênero de uma pessoa, assim como sua “raça”, é percebido pela maioria como um dado da natureza (BUTLER, 2003, p. 155) ligado, por intermédio da linguagem, a uma série de atributos usados para classificar as pessoas como femininas ou masculinas. O desafio colocado ao senso comum por pessoas intersex associado a um cuidadoso trabalho de “arqueologia do saber” (para usar mais uma vez as palavras de Foucault) pode garantir a base teórico-crítica necessária para, ao menos, colocar entre parênteses as crenças majoritárias sobre a naturalidade do binarismo de gênero.

*Em terceiro lugar*, um discurso jurídico fundado na ideia de direitos de transgêneros como direitos humanos deve ser capaz de mostrar o quão opressivo é o binarismo para aqueles cuja expressão de gênero é incompatível com o conjunto de crenças majoritariamente adotadas. Para pessoas transgêneras, a opressão vem de diferentes fontes e, com frequência, começa durante a infância. O filme do belga Alain Berliner, *Minha Vida em Cor de Rosa* (1997), é um tocante exemplo de “tirania da opinião e do sentimento dominantes” sobre um garoto em busca de expressar seus sentimentos e necessidades independentemente das convenções sociais. Do mesmo modo, é bastante conhecido o fato de que adultos transgêneros em diferentes países são cotidianamente submetidos a assédio, violência e discriminação em múltiplos aspectos de suas vidas. A descrição que Dean Spade (2006) apresenta a respeito dos EUA, aliás, é bastante próxima da realidade enfrentada por brasileiros transgêneros:

Muitas pessoas trans já começam suas vidas enfrentando o abuso ou o assédio em casa, ou sendo expulsas de seus lares por causa de suas identidades ou expressões de gênero. Alguns acabam indo para



casas-abrigo, mas frequentemente terminam na rua após sofrerem abusos e violência cometidos por funcionários e internos dessas instituições (a maioria delas segregada segundo o sexo de nascimento dos internos). Os abrigos para moradores de rua, do mesmo modo, são inacessíveis porque a maioria dos estabelecimentos é segregada segundo o sexo e, quando não rejeitam as trans de imediato, recusam-se a acolhê-las segundo a identidade de gênero que elas assumiram. Do mesmo modo, é crescente em escolas o número de casos de assédio e violência contra estudantes de gênero não-conforme, e muitos jovens acabam abandonando a escola ou sendo expulsos antes de concluírem o ciclo. Muitas trans também sequer tentam ingressar no ensino superior porque temem ter seus nomes de batismo e sexo de nascimento revelados no ato da matrícula, já que não conseguem alterar juridicamente seus documentos. Além disso, as pessoas trans enfrentam forte discriminação no mercado de trabalho e são rotineiramente despedidas por entrarem no processo de transição durante a vigência do contrato de trabalho ou quando suas identidades ou expressões de gênero chamam a atenção do supervisor.

A coerção contra pessoas transgêneras também provém de atos estatais: com efeito, a grande maioria das legislações e decisões judiciais analisadas nesta pesquisa impedem que transgêneros possuam documentos de identificação congruentes, se casem, adotem, busquem proteção por meio de leis antidiscriminação<sup>48</sup> e usem banheiros e outros lugares reservados, segundo o gênero efetivamente vivido.

*Em quarto lugar*, ressalta-se que o ponto central da argumentação jurídica em defesa de direitos de pessoas transgêneras deveria ser o conceito de liberdade proposto por John Stuart Mill discutido anteriormente, i.e., o postulado de que sobre si próprio, sobre seu próprio corpo e sua própria mente o indivíduo é soberano (MILL, 1859, p. 21-22). O

---

48 Cf. *Employment Handicap Discrimination Based on Gender Dysphoria (Transsexualism)*, 25 AMJUR POF 3d 415. O artigo enfatiza que a intenção do Congresso norte-americano de excluir transexuais da proteção contra a discriminação laboral feita a pessoas com deficiência foi inequivocamente estabelecida no *Americans with Disabilities Act (ADA)*, cujo texto contém a seguinte exclusão da definição de deficiência: “travestimento, transsexualismo, pedofilia, exibicionismo, voyeurismo, transtornos de identidade de gênero que não resultem de deficiência física, e outros transtornos de comportamento sexual”.

argumento está solidamente amparado na tradição do liberalismo político e, nesse sentido, tem potencial para persuadir uma audiência não necessariamente simpática a *performances* de gênero transgressivas.

O problema de fundar o direito de pessoas transgêneras nos direitos de privacidade ou de liberdade é que tais direitos são tradicionalmente vistos como direitos negativos/de defesa, i.e., direitos ao não impedimento de ações, direitos à não afetação de propriedades e situações e direitos à não eliminação de posições jurídicas. Romeo (2005, p. 750) reconhece esse problema ao apontar a dificuldade em levar adiante demandas nas quais indivíduos transgêneros pleiteiam ações positivas do Estado, tais como assistência à saúde. Em *Mais v. Roe*<sup>49</sup>, por exemplo, uma Suprema Corte de maioria conservadora afirmou que as restrições ao atendimento ao aborto voluntário impostas pelo Estado de Connecticut não violavam a cláusula constitucional da igualdade e que o Estado não tinha a obrigação de custear o aborto de uma mulher pobre só porque a Administração Pública destinava recursos a programas de estímulo à maternidade. Naquele caso, a corte local havia aplicado o fundamento desenvolvido pela Suprema Corte no caso *Roe v. Wade* para afirmar que “quando separados dos argumentos morais sensíveis existentes na controvérsia, tanto o aborto quanto o nascimento do feto são alternativas médicas para se lidar com a gravidez”, e que, portanto,

o Estado não pode justificar sua recusa em pagar por um tipo de despesa própria da gravidez com base em sua oposição moral àquele gasto. Referendar uma justificação como essa seria permitir a discriminação contra aqueles que buscam o exercício de um direito constitucional sob o argumento de que o Estado não aprova o exercício daquele direito.

A Suprema Corte norte-americana, contudo, não apenas sustentou que “a Constituição não impõe nenhuma obrigação aos Estados que custeiem as despesas médicas de uma mulher indigente”, como também fez uma distinção entre a *proibição consti-*

---

49 *Mais v. Roe*, 432 U.S. 464, 97 S.Ct. 2376 (1977).

tucional de “interferência estatal direta em uma atividade protegida” (estabelecida para o aborto em *Roe v. Wade*) e o estímulo estatal (constitucionalmente autorizado) a uma atividade alternativa segundo a discricionariedade legislativa (no caso, o financiamento estatal ao nascimento de crianças e a restrição ao aborto voluntário estabelecido em lei estadual). Em outras palavras, tanto para os direitos reprodutivos como para os direitos de pessoas transgêneras, o ponto-chave é se o Estado tem um dever positivo de alocar recursos para financiar procedimentos que estão sendo defendidos como uma questão de liberdade pessoal<sup>50</sup>.

Uma perspectiva igualitária para esse problema foi adotada pelo voto divergente do Juiz William Brennan, no caso *Maier*, segundo o qual “para um médico que não pode trabalhar de graça, e uma mulher que não pode pagá-lo”, a recusa do Estado em financiar um aborto é efetivamente uma proibição à decisão da mulher de interromper a gravidez. Nessa perspectiva, os deveres positivos do Estado em relação às pessoas transgêneras teriam como objetivo mais amplo garantir a todas as pessoas “uma igual habilidade de buscar em suas vidas, e de promover em suas sociedades, quaisquer ideais de bem e de assegurar a todos a faculdade de fazê-lo através dos meios próprios da política” (RAZ, 1982, p. 93).

No contexto europeu, Alastair Mowbray (2004, p. 187) reconhece a relutância da Corte de Direitos Humanos em afirmar a existência de obrigações positivas que exijam provisão de recursos ou benefícios sociais estatais, tais como serviços de lazer para pessoas com deficiência física ou pagamento de pensões familiares. Não obstante, em *Chapman v. United Kingdom* – um caso no qual um peticionário cigano alegou que os regulamentos administrativos e a fiscalização levada adiante contra seus acampamentos violavam o direito ao respeito domiciliar e à vida privada própria e familiar –, a Corte de Estrasburgo afirmou que:

---

50 Questão similar é o financiamento de políticas sociais voltadas à redução da discriminação e do preconceito motivados pela orientação sexual, em ambiente escolar. O argumento conservador, com efeito, ampara-se na tese de que o Estado não deve “promover” ou “fazer apologia” de um “estilo de vida” e que a política pública deve se restringir a proibir de forma genérica quaisquer tipos de discriminação.

Muito embora o pertencimento a uma minoria com um estilo de vida tradicional diferente daquele adotado pela maioria não confira uma imunidade em relação às leis gerais criadas para salvaguardar o patrimônio da comunidade como um todo, tal como as leis ambientais, este pertencimento pode influenciar a forma como tais leis são aplicadas. Como se depreende do caso, a posição vulnerável dos ciganos como minoria significa que *alguma consideração especial deve ser dada para que suas necessidades e seu estilo de vida diferente tenham alguma relevância na política regulatória e na tomada de decisões em casos específicos*. Nessa medida, há uma obrigação positiva imposta aos Estados-Parte em razão do art. 8º, para facilitar o modo de vida cigano<sup>51</sup>.

Em *Chapman*, portanto, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que uma condição particular de vulnerabilidade social confere a um grupo minoritário o direito de reivindicar ao menos “algum tipo de consideração especial por suas necessidades” a fim de assegurar igualdade na fruição das liberdades individuais. *Mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio poderia ser usado para justificar a atenção especial às necessidades das pessoas transgêneras, especialmente daquelas que estejam permanentemente submetidas a situações de marginalização e violência.

Em resumo, com o suporte de uma teoria social crítica de gênero e de uma interpretação igualitária do conceito de liberdade proposto por Mill, é possível sustentar a maioria das demandas jurídicas formuladas na atualidade pelo movimento social de transgêneros, dispensando laudos médicos que os considerem mentalmente doentes.

Segundo observa Raz (1982, p. 111),

Pessoas (significativamente) autônomas são aquelas que podem moldar suas vidas e determinar seu curso. Elas não são meramente seres racionais capazes de escolher entre diferentes opções depois de avaliar as informações relevantes, mas são sobretudo agentes que podem além disso adotar projetos pessoais, desenvolver relacionamentos e se comprometer com causas, através das quais sua inte-

---

<sup>51</sup> *Chapman v. United Kingdom*, judgment of 18 January 2001.

gridade pessoal e seu senso de dignidade e auto-respeito se tornam concretos. Em uma palavra, pessoas significativamente autônomas são parcialmente criadoras de seu mundo moral.

É precisamente esta a ideia revolucionária que se pretendeu debater aqui.

## Referências

ARÁN, Márcia; MURTA, Daniela. Relatório preliminar dos serviços que prestam assistência a transexuais na rede de saúde pública no Brasil. *Pesquisa transexualidade e saúde: condições de acesso e cuidado integral* – Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbtt/Relatorio\\_Preliminar\\_set\\_20092.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbtt/Relatorio_Preliminar_set_20092.pdf)>.

BEH, Hazel Glenn. Sex, sexual pleasure, and reproduction: health insurers don't want you to do those nasty things, *Women's L.J.*, 13 Wis., p. 119-158, 1998.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. *Undoing gender*. Routledge, 2004.

DENNY, Dallas. Transgender communities of the United States in the late twentieth century. In: CURRAH, Paisley et al. *Transgender rights*. University of Minnesota Press, 2006.

DIAGNOSTIC AND STATISTICAL MANUAL OF MENTAL DISORDERS (DSM-IV-TR). 4<sup>th</sup> ed. American Psychiatric Association.

ESKRIDGE JÚNIOR, Hunter. *Sexuality, gender and the law*. Foundation Press, 2004.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. v. 1 (A vontade de saber). Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GREEN, Jaminson. Investigation into discrimination against transgendered people: a report by the Human Rights Commission. San Francisco, 1994. Disponível em: <[http://www.sf-hrc.org/ftp/uploadedfiles/sfhumanrights/Transgender\\_HIV\\_Division/TG%20Report%201994%20-%20revised.pdf](http://www.sf-hrc.org/ftp/uploadedfiles/sfhumanrights/Transgender_HIV_Division/TG%20Report%201994%20-%20revised.pdf)>.

LANGLEY, Laura K. Self-determination in a gender fundamentalist state: toward legal liberation of transgender identities, *12 Tex. J. C.L. & C.R.* 101, 2006.

LEE, Alvin. Trans models in prison: the medicalization of gender identity and the Eighth Amendment Right to sex reassignment therapy. *31 Harv. J. L. & Gender* 447, 2008.

LEVI, Jennifer L.; KLEIN, Bennett H. Pursuing protection for transgender people through disability laws. In: CURRAH, Paisley et al. *Transgender rights*. University of Minnesota Press, 2006.

MEYER, Walter III et al. The Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association's Standards of Care for Gender Identity Disorders. *Journal of Psychology & Human Sexuality*, 13 (1), p. 20-21, 2001. Disponível em: <<http://www.wpath.org/Documents2/socv6.pdf>>.

MILL, John Stuart. *On liberty*. John W. Parker and Son, 1859.

MINTER, Shannon Price. Do Transsexuals Dream of Gay Rights? In: CURRAH, Paisley et al. *Transgender rights*. University of Minnesota Press, 2006.

MOWBRAY, Alastair R. *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004.

NUSSBAUM, Martha C. *From disgust to humanity: sexual orientation & constitutional law*. Oxford, 2009.

PEEK, Christine. Breaking out of the Prison Hierarchy: transgender prisoners, rape, and the Eighth Amendment, *Santa Clara L. Rev.*, 44, p. 1211-1217, 2004.

RAZ, Joseph. Liberalism, autonomy, and the politics of neutral concern, *Midwest Studies in Philosophy*, 7, 1982.

ROMEO, Franklin H. Beyond a medical model: advocating for a new conception of gender identity in the law, *Colum. Hum. Rts. L. Rev.*, 36, p. 713-745, 2005.

SPADE, Dean. Resisting medicine, re/modeling gender. *Berkeley Women's L. J.* 18, p. 15-25, 2003.

———. Compliance is gendered. In: CURRAH, Paisley et al. *Transgender rights*. University of Minnesota Press, 2006.

STOLOFF, Matthew A. *Dual prongs for the doubly imprisoned: transsexual inmates & the Eighth Amendment Right to Treatment*. Aug. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1012980>>.

STRYKER, Susan. My words to Victor Frankenstein above the Village of Chamounix: performing transgender rage. *GLSQ*, 1 (3), 1994.

THOMAS, Kendall. Afterword: are transgender rights inhuman rights? In: CURRAH, Paisley et al. *Transgender rights*. University of Minnesota Press, 2006.

TRIBE, Laurence. Lawrence v. Texas: the Fundamental Right that dare not speak its name, *Harvard Law Review*, 117, p. 1893-1897, 2004.